

University of Groningen

Beschikkingmacht centraal bij functioneel plegen Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmestarrest

Kessler, M

Published in:

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Kessler, M. (2007). Beschikkingmacht centraal bij functioneel plegen Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmestarrest. In B. F. Keulen, G. Knigge, & H. D. Wolswijk (editors), Pet af : liber amicorum D.H. de Jong (blz. 201-224). Nijmegen.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Beschikkingsmacht centraal bij functioneel plegen

Beschouwingen naar aanleiding van het drijfmestarrest¹

M. KESSLER ^o

1. Inleiding

In de herfst van het jaar 2003 wees de Hoge Raad een arrest waarin hij algemene beschouwingen wijdt aan het daderschap van de rechtspersoon.² Dat arrest zal, naar het delict dat daarin aan de orde was – het uitrijden van drijfmeest – in het navolgende het drijfmestarrest worden genoemd.³ De Hullu, een van de raadsheren die dat arrest mee heeft gewezen, deed een oproep om commentaar te leveren op de rechtsontwikkeling ten aanzien van het daderschap van de rechtspersoon in het algemeen en op dat arrest in het bijzonder.⁴ Volgens De Hullu roept dit ‘overzichtsarrest’ namelijk tal van vragen op. Daarin kan hem, zoals in het navolgende moge blijken, geen ongelijk worden gegeven. In deze bijdrage aan het liber amicorum voor mijn oud-promotor en leermeester Dirk Herman de Jong, die in zowel zijn colleges als in zijn publicaties een bijzondere interesse in leerstukken van materieel strafrecht aan de dag heeft gelegd, geef ik aan de genoemde oproep gehoor.⁵ Het

^o Wetgevingsjurist bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie.

¹ Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. Ik dank Nastja van Strien voor haar inhoudelijke commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

² HR 21 oktober 2003, *M & R* 2004, 53 m.nt. L.E.M. Hendriks, *JM* 2004, 72 m.nt. I.M. Koopmans en *NJ* 2006, 328 m.nt. P.A.M. Mevis.

³ Deze benaming heb ik ontleend aan E. Gritter, ‘Duidelijkheid omtrent corporatief daderschap, enige beschouwingen naar aanleiding van het Drijfmeest-arrest’, *TOS* 2004, p. 31-38. Het arrest staat ook bekend als het Zijpe-arrest.

⁴ J. de Hullu, ‘Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk daderschap van de rechtspersoon’, in: A.E. Harteveld, D.H. de Jong en E.F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 286.

⁵ Zie over het drijfmestarrest onder andere Gritter 2004 (*supra* noot 3), p. 31-38, M. Kessler, ‘Rubriek economisch strafrecht’, *TOS* 2004, p. 106-112, De Hullu 2005 (*supra* noot 4), p. 273-288, J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 148-168, W.H. Vellinga en F. Vellinga-Schootstra, ‘Eenheid in daderschap?’, in: A.E. Harteveld, D.H. de Jong en E.F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 527-546, R. van Elst, ‘Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest’, in: C.P.M. Cleiren en Th.A. de Roos (red.), *Nieuwsbrief strafrecht select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 365-381, J.F. Rense, ‘Rechtspersonen in het strafrecht’, *DD* 2005, p. 272-298, A.L.J. van Strien, ‘Het Zijpe-arrest: een sfeervol arrest van de Hoge Raad over het daderschap van de rechtspersoon’, *Strafblad* 2006, p. 234-249 en K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 48-51.

drijfmestarrest wordt daarbij beschouwd in de bredere context van het functioneel plegen. In deze bijdrage staat alleen het functioneel plegen door natuurlijke personen en rechtspersonen centraal. Andere vormen van daderschap, zoals medeplegen en uitlokken, alsmede een eventuele functionele benadering van die vormen van daderschap, komen niet aan bod. Ook buiten beschouwing blijft het feitelijke leiding geven aan verboden gedragingen begaan door rechtspersonen. Waar in het onderstaande over daderschap wordt gesproken is, tenzij anders aangegeven, plegen bedoeld.

2. Het drijfmestarrest

In het drijfmestarrest geeft de Hoge Raad een algemene beschouwing over het daderschap van de rechtspersoon. Allereerst wijst hij erop dat een rechtspersoon volgens de wetsgeschiedenis kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit ‘indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend’. Ook in de rechtspraak is, zo vervolgt de Hoge Raad onder verwijzing naar enkele door hem zelf gewezen arresten, die toerekening erkend als grondslag voor het daderschap van de rechtspersoon. Vervolgens rijst de vraag, aldus het rechtscollege,

‘wanneer een verboden gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een algemene regel laat zich dus bezwaarlijk formuleren. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is nochtans of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Daarbij verdient opmerking dat laatstbedoelde criteria – die zijn ontwikkeld in HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 en die naar het geval dat in die zaak aan de orde was, plegen te worden aangeduid

als 'ijzerdraadcriteria' weliswaar zijn ontwikkeld met het oog op het functionele ouderschap van een natuurlijke persoon (dus met het oog op strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijke persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon), maar dat zij in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon (vgl. HR 14 januari 1992, NJ 1992, 413).'

Daarna overweegt de Hoge Raad dat zijn beschouwing alleen betrekking heeft 'op de vraag of de rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van de hem tenlastegelegde gedraging, dus ongeacht of het een overtreding dan wel een misdrijf betreft. Los daarvan staat de beoordeling van de aanwezigheid van bestanddelen als opzet of schuld indien het een misdrijf betreft'. De vraag wanneer de rechtspersoon subjectieve bestanddelen als opzet of schuld heeft vervuld wordt door de Hoge Raad uitdrukkelijk 'geparkeerd'; de Hoge Raad beperkt zich tot het ouderschap van rechtspersonen. Dat het rechtscollege zich daarover in het algemeen uitlaat is op zichzelf toe te juichen. De Hoge Raad noemt een aantal omstandigheden waarop het ouderschap van de rechtspersoon kan worden aangenomen. Hij sluit daarbij niet zonder meer uit dat elk van deze omstandigheden daarvoor voldoende voorwaarde kan zijn. Het rechtscollege houdt echter vele slagen om de arm.

De Hoge Raad bevestigt dat het ouderschap van rechtspersonen ook op andere gronden kan worden aangenomen dan alleen op grond van de ijzerdraadcriteria. Dat bleek al uit zijn eerdere rechtspraak. Het rechtscollege formuleert vier 'omstandigheden' waarop het ouderschap van de rechtspersoon zou kunnen worden gestoeld. Deze omstandigheden noem ik hierna gemakshalve de 'drijfmcriteria'.

Het eerste drijfmcriterium is dat het gaat om een handelen of nalaten van een werknemer of een andere ten behoeve van de rechtspersoon werkende persoon. Het tweede criterium is dat de gedraging de rechtspersoon dienstig is geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf. Dit criterium lijkt aan te sluiten bij het V & D-arrest waarin, naar wel wordt aangenomen, het 'baatcriterium' werd gehanteerd.⁶ Uit dat arrest kan echter niet worden afgeleid dat de rechtspersoon bij de gedraging daadwerkelijk voordeel hoeft te hebben gehad. Het ouderschap van V & D werd in dat arrest gebaseerd op de omstandigheid dat de gedraging 'kon strekken de NV in haar bedrijf dienstig te zijn.' In de in het drijfmcstarrest gebruikte formulering moet de gedraging de rechtspersoon dienstig *zijn* (geweest). Het kan zijn dat de Hoge Raad het baatcriterium strakker heeft willen trekken door daadwerkelijk voordeel te vereisen. Het kan ook zijn dat een gedraging die de rechtspersoon voordeel *kán* opleveren, in het door hem uitgeoefende bedrijf dienstig *is*. De enkele voordeelsmogelijkheid blijft dan, evenals het geval was onder het V & D-arrest, voldoende.

⁶ HR 27 januari 1948, NJ 1948, 197 m.nt. W.P.J. Pompe.

Het derde drijfmeestcriterium houdt in dat de gedraging in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon past. Dit slaat onmiskenbaar terug op het furazolidonarrest⁷ waarin de Hoge Raad overwoog dat ‘de lozing van de schadelijke rode carcino-gene vloeistof furazolidon, die tijdens de normale productieprocessen in het bedrijf van de verdachte pleegt te ontstaan en die in het kader van de normale bedrijfsvoering gedurende een aantal dagen via een lozingspijp van het bedrijf plaatsvond in een bij dit bedrijf gelegen sloot, moet gelden als een handeling die aan de verdachte dient te worden toegerekend.’

3. De ijzerdraadcriteria uitgebreid

Als vierde drijfmeestcriterium noemt de Hoge Raad de ijzerdraadcriteria. In lijn met het door hem aangehaalde discriminerende discoarrest⁸ bevestigt de Hoge Raad dat deze uit het ijzerdraadarrest⁹ voortspuitende criteria ‘in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon’. Bij toepassing van die criteria is de rechtspersoon dader indien deze erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Met de overweging dat de ijzerdraadcriteria in voorkomende gevallen als ‘maatstaven’ kunnen fungeren, lijkt de Hoge Raad erop te doelen dat de ijzerdraadcriteria in die gevallen als ondergrens, en dus als noodzakelijke voorwaarden, fungeren. Het rechtscollège geeft daarbij – gezien de woorden ‘in voorkomende gevallen’ – niet aan in welke gevallen die criteria de ondergrens vormen. Door te verwijzen naar het discriminerende discoarrest lijkt hij te willen zeggen dat de ijzerdraadcriteria in gevallen zoals die in het discriminerende discoarrest aanwezig waren de ondergrens vormen van het plegen door rechtspersonen. Ik kom daar zo meteen op terug.

De Hoge Raad laat het niet bij een woordelijke herhaling van de in het ijzerdraadarrest geformuleerde criteria, want hij voegt daaraan een overweging toe die in het ijzerdraadarrest niet voorkwam. Hij overweegt namelijk dat onder ‘aanvaarden’ mede is begrepen ‘het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kan worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging’. Laten we deze toevoeging aan de ijzerdraadcriteria eens nader tegen het licht houden. Daarbij kan voorop worden gesteld dat de persoon die bepaald gedrag of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken aanvaardt of pleegt te aan-

⁷ HR 23 februari 1993, *NJ* 1993, 605 m.nt. A.C. 't Hart.

⁸ HR 14 januari 1992, *NJ* 1992, 413 m.nt. A.C. 't Hart.

⁹ HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 m.nt. B.V.A. Röling.

vaarden, met (voorwaardelijk) opzet handelt.¹⁰ De persoon die eerder al eens een vergelijkbare gedraging heeft aanvaard, zal doorgaans tevens bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat ook de ten laste gelegde gedraging zou plaatsvinden.¹¹ Dit aanvaarden kan ook uit de feitelijke gang van zaken worden afgeleid. Ik kan in het aldus in het ijzerdraadarrest omschreven aanvaarden niets anders zien dan een vorm van opzet. Dat spoort met het algemene spraakgebruik waarin onopzettelijk aanvaarden als een *contradictio in terminis* zal worden gezien en opzettelijk aanvaarden als een *pleonasme*. Dit aanvaarden, nu, kan gepaard gaan met, en soms zelfs blijken uit, de omstandigheid dat de persoon met beschikkingsmacht niet de zorg heeft betracht die in redelijkheid van hem kon worden geleverd om de gedraging te voorkomen. In de rechtspraak over het opzet in de Opiumwet wemelt het van de voorbeelden: de verdachte, die vloog op een route waarlangs naar algemeen bekend is niet zelden drugs worden vervoerd, nam op de luchthaven van vertrek een pakket aan van een vreemde met de opdracht dat pakket op de luchthaven van aankomst aan een andere vreemde af te geven. Door onder deze omstandigheden geen maatregelen te nemen – de verdachte stelde geen vragen en keek niet in het pakket – aanvaardde de verdachte, zo luidt de rechterlijke redenering dan, bewust de aanmerkelijke kans dat hij drugs zou vervoeren, en heeft hij aldus met voorwaardelijk opzet gehandeld.¹²

Maar evenzeer denkbaar is dat een persoon die niet de zorg heeft betracht die redelijkerwijs van hem kon worden geleverd om het feit te voorkomen, niet met (voorwaardelijk) opzet heeft gehandeld.¹³ Het kan zijn dat hij geen zorg ter voorkoming van het feit heeft betracht, omdat hij niet heeft geweten dat het feit zich voordeed, dan wel dat een aanmerkelijke kans op het zich voordoen van het feit heeft bestaan. Dat de dader geen zorg ter voorkoming van het feit heeft betracht, is van het ontbreken van (voorwaardelijk) opzet soms het bewijs, zo zou je kunnen stellen.

De Hoge Raad zal naar mijn inschatting niet hebben bedoeld, het niet betrachten van de redelijkerwijs te vergen zorg alleen onder het aanvaarden te begrijpen, als dit gepaard gaat met een vorm van opzet. In dat geval zou zijn toevoeging namelijk overbodig zijn.¹⁴ Uit de door hem gekozen bewoordingen ('mede begrepen')

¹⁰ Zie onder andere G. Knigge, 'Doen en laten: enkele opmerkingen over daderschap', *DD* 1992, p. 141, A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 96 en H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en Ijzerdraadcriteria', *DD* 2001, p. 1098.

¹¹ Wolswijk 2001 (*supra* noot 10), p. 1098.

¹² M. Kessler, *Subjectieve bestanddelen in bijzondere wetten* (diss. Groningen), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 48.

¹³ Zo ook Wolswijk 2001 (*supra* noot 10), p. 1100-1101.

¹⁴ Van Elst 2005 (*supra* noot 5), p. 376 meent dat de Hoge Raad met de in het drijfmeest arrest aan het aanvaarden gegeven uitbreiding een einde heeft willen maken 'aan het mogelijke misver-

vloeit voort dat opzet wel een voldoende voorwaarde maar geen noodzakelijke voorwaarde (meer) is.¹⁵ Dat de voor ouderschap van rechtspersonen gehanteerde criteria van hun opzetvereiste worden ontdaan, vind ik op zich een goede zaak.¹⁶ Ik zie namelijk niet in, waarom een niet uit de delictomschrijving zelf voortvloeiend opzetvereiste als, in daarvoor in aanmerking komende gevallen *algemeen* geldend, ouderschapscriterium zou worden gesteld. Echter, in plaats van het aanvaardingscriterium geheel te laten varen, verandert de Hoge Raad het opzetvereiste van een noodzakelijke in een voldoende voorwaarde, en voegt daaraan toe dat ook voldoende voorwaarde is als niet de redelijkerwijs te vergen zorg is betracht. Naar mijn mening kent de Hoge Raad door deze uitbreidende definitie aan het aanvaarden een buiten de taalkundige grenzen van dat woord gelegen betekenis toe. Bovendien lijkt deze betekenisuitbreiding in geval van toepassing van de ijzerdraadcriteria bij rechtspersonen algemene gelding te hebben, aangezien de Hoge Raad geen expliciete begrenzing formuleert van de gevallen waarin de onderwerpelijke uitbreiding mede onder het aanvaarden is begrepen. Door de uitbreiding heeft de Hoge Raad het aanvaardingscriterium – begrepen in zijn bij het algemene spraakgebruik aansluitende betekenis – in feite uitgeschakeld. Dit roept de vraag op waarom hij niet ‘doorpakt’, het aanvaardingscriterium geheel op de helling zet, en alleen het beschikkingscriterium hanteert.

De uitbreiding lijkt te zijn ontleend aan een van de rechtsgronden waarop kan worden aangenomen dat voldaan is aan de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld. Die rechtsgrond houdt in dat de dader alle maatregelen heeft genomen die in redelijkheid van hem konden worden gevergd om wetsnaleving te verzekeren.¹⁷ Het lijkt erop dat de Hoge Raad deze rechtsgrond voor afwezigheid van alle schuld heeft ‘omgebouwd’ tot onderdeel van een van de ouderschapscriteria, en aldus heeft verschoven van elementniveau naar bestanddeelniveau.¹⁸

De ijzerdraadcriteria zijn door de Hoge Raad oorspronkelijk in het leven geroepen met het oog op het functioneel ouderschap van de natuurlijke persoon. Dat

stand dat aanvaarden of het plachten te aanvaarden pas zou kunnen worden aangenomen indien vergelijkbaar strafbaar gedrag eerder heeft plaatsgevonden’.

¹⁵ Zie A.M. van Woensel, in: C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst en commentaar strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, artikel 51, aantekening 6d. Vgl. Gritter 2004 (*supra* noot 3), p. 35 die in dit verband opmerkt dat de ‘zwaar aangezette, sterk subjectief gekleurde uitleg die veelal aan het aanvaarden wordt gegeven in de ogen van de Hoge Raad gelding heeft, zij het zeker niet exclusief is’ (mijn cursivering). Zie ook Van Strien 2006 (*supra* noot 5), p. 241.

¹⁶ Zie eerder ‘Het ouderschap van de rechtspersoon, een pleidooi voor de afschaffing van het aanvaardingscriterium’, *DD* 1997, p. 230-246.

¹⁷ Zie HR 2 februari 1993, *NJ* 1993, 476 (aflatoxinepinda-arrest) en daarover M. Kessler, ‘Afwezigheid van alle schuld in de economische rechtspraak’, in: M.J. Borgers, I.M. Koopmans en F.G.H. Kristen (red.), *Verwijtbare uitholling van schuld*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 82-87.

¹⁸ Kessler 2004 (*supra* noot 5), p. 107 en Rozemond 2006 (*supra* noot 5), p. 50.

roept de vraag op of de uitbreiding die de Hoge Raad met betrekking tot rechtspersonen aan de ijzerdraadcriteria heeft gegeven, ook voor het functioneel ouderschap van de natuurlijke persoon geldt. Meer in het algemeen rijst de vraag of de drijfmeestcriteria voor het functioneel ouderschap van natuurlijke personen gelden (zie paragraaf 6).

4. Het object van de drijfmeestcriteria: het touwtjesmethodearrest

Centraal in het drijfmeestarrest staat de vraag wanneer een ‘verboden gedraging’ in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend. Bij de formulering van de vier drijfmeestcriteria spreekt de Hoge Raad alleen over de ‘gedraging’. Nu zijn in delictsom beschrijvingen vaak gedragingen omschreven – verkopen, in het oppervlaktewater brengen, in voorraad hebben, de visserij uitoefenen, etc. – die op zichzelf beschouwd niet verboden zijn, maar die dat worden vanwege de eveneens in de delictsom beschrijving verwoorde omstandigheden waaronder ze plaatsvinden. Om een rechtspersoon als pleger aan te merken moet – dat spreekt wat mij betreft voor zich – het hele in de delictsom beschrijving omschreven feit in zijn onderscheiden bestanddelen aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend. De bewoordingen waarin de vier drijfmeestcriteria zijn gevat, roepen de vraag op of voor toerekening van een feit aan de rechtspersoon voldoende zou kunnen zijn de enkele vaststelling dat de op zichzelf niet verboden gedraging het object vormt van een of meer van de drijfmeestcriteria. Van Elst en Van Strien zien in het touwtjesmethodearrest¹⁹ een aanwijzing dat deze vraag bij de toepassing van het derde drijfmeestcriterium bevestigend moet worden beantwoord. Voldoende zou dan zijn dat de gedraging in de normale bedrijfsvoering past. Niet vereist zou zijn dat ook de omstandigheden die deze gedraging verboden doen zijn daarbinnen passen.²⁰

In het touwtjesmethodearrest viste een kotter met sleepnetten waaraan touwtjes waren aangebracht die de mazen verkleinden. Door te vissen volgens deze methode kon meer vis worden gevangen. Deze methode is verboden en als overtreding strafbaar gesteld. Bewezen verklaard is dat de verdachte rederij het feit heeft medegepleegd. De verdachte kan, aldus de Hoge Raad, als medepleger van die overtreding worden aangemerkt indien het feit aan haar, als medepleger, redelijkerwijze kan worden toegerekend. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof, inhoudende dat het feit de rederij kan worden toegerekend, in stand omdat – kort gezegd – vissen tot de normale bedrijfsvoering van de rederij behoort, de bemanningsleden op basis van hun rechtsverhouding tot de rederij feitelijk en mede ten behoeve van de verdachte hebben gevist met verdachtes kotter, en het vissen volgens de touwtjesmethode mede de verdachte dienstig is geweest, omdat aannemelijk is dat daardoor meer vis kon worden gevangen.

¹⁹ HR 29 maart 2005, *JIN* 2005, 241 m.nt. M. Kessler.

²⁰ Van Elst 2005 (*supra* noot 5), p. 372 en Van Strien 2006 (*supra* noot 5), p. 239.

De Advocaat-Generaal Vellinga meent in zijn aan het arrest voorafgaande conclusie dat de door het hof aan het daderschap ten grondslag gelegde omstandigheid, dat vissen tot de normale bedrijfsvoering behoort, niet aan het bewijs van het daderschap kan bijdragen. Het gaat er in de visie van de Advocaat-Generaal om of de gehanteerde verboden methode daarin past. De Hoge Raad legt in zijn overwegingen geen verbinding tussen de normale bedrijfsvoering en het vissen volgens de verboden methode. Hij legt alleen bij het baatcriterium (het tweede drijfmemestcriterium) een expliciete link met het gebruik van de verboden methode: deze was mede de verdachte dienstig, omdat aannemelijk is dat zo meer vis kan worden gevangen.

Uit het touwtjesmethodearrest kan volgens mij niet worden afgeleid dat bij toepassing van alléén het derde drijfmemestcriterium voldoende zou zijn dat alleen een gedraging, en niet de omstandigheden die die gedraging verboden doen zijn, binnen de normale bedrijfsvoering past. De Hoge Raad past immers de eerste drie drijfmemestcriteria in hun onderling verband toe, en legt bij het tweede drijfmemestcriterium – het baatcriterium – bovendien een expliciete link met het verboden karakter van de verrichte gedraging. Bovendien heeft het arrest betrekking op medeplegen en niet op plegen. Daarop wijst de Hoge Raad meermalen expliciet door op te merken dat verdachte ‘als medepleger’ van de overtreding kan worden aangemerkt indien het feit aan haar ‘als medepleger’ redelijkerwijze kan worden toegerekend. Bovendien verwijst de Hoge Raad niet expliciet naar het drijfmemestarrest, waar hij tegenwoordig de gewoonte heeft expliciet zijn rechtspraak te noemen waarop hij voortbouwt. Kennelijk beoogt de Hoge Raad tot uitdrukking te brengen dat de in het touwtjesmethodearrest gekozen benadering niet zonder meer geldt voor plegen. Voor medeplegen worden doorgaans de criteria gebruikt van, kort gezegd, bewuste en nauwe samenwerking.²¹ De Hoge Raad geeft niet aan hoe de door hem in het touwtjesmethodearrest gebezigde overwegingen zich tot de bij medeplegen gebruikelijke criteria verhouden. Het arrest wekt in elk geval de indruk dat de Hoge Raad bij zowel plegen als medeplegen door rechtspersonen vergelijkbare criteria aanlegt. Opmerkelijk is in dit verband dat de Hoge Raad in het drijfmemestarrest, waarin plegen was bewezen verklaard, consequent spreekt over het ‘daderschap’ van de rechtspersoon. Op grond van artikel 47 Sr worden niet alleen plegers maar ook medeplegers, doen plegers en uitlokkers ‘als dader’ gestraft. Het drijfmemestarrest zou ook kunnen worden gezien als een indicatie dat de Hoge Raad ten aanzien van de verschillende daderschapsvormen bij rechtspersonen in beginsel hetzelfde beoordelingskader tot uitgangspunt neemt.²² Dit punt laat ik verder rusten. Het navolgende handelt alleen over de daderschapsvorm plegen.

²¹ Zie over medeplegen onder andere De Hullu 2006 (*supra* noot 5), p. 421-432.

²² Vellinga en Vellinga-Schootstra 2005 (*supra* noot 5), p. 544-545 nemen in recente rechtspraak een toegenomen gelijkenis waar tussen medeplegen en feitelijke leiding geven door natuurlijke personen.

5. De aard van het delict en de aard van de gedraging

De Hoge Raad overweegt in het drijfmemorandum dat het antwoord op de vraag of een gedraging aan de rechtspersoon kan worden toegerekend afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval ‘waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging’. De Hoge Raad geeft daarbij niet aan wat hij daarmee bedoelt. In elk geval is voor aansprakelijkheid wegens plegen geen plaats indien de rechtspersoon niet behoort tot de kring van normgeadresseerden. Of de rechtspersoon daartoe behoort, is een vraag die de Hoge Raad steeds vooraf laat gaan aan de beoordeling of het feit in redelijkheid aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.²³ Een voorbeeld van een geval waarin de rechtspersoon niet als normgeadresseerde van de delictsomschrijving kon worden aangemerkt, is het landbouwvliegersarrest.²⁴ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat het wettelijk voorschrift om geen bestrijdingsmiddelen met een luchtvaartuig toe te passen buiten het te behandelen object, zich volgens de kennelijke strekking van dat voorschrift uitsluitend richtte tot de feitelijke toepasser van de bestrijdingsmiddelen. Voor ‘uitbreiding van de strafbaarstelling’ tot rechtspersonen was, gelet op de kennelijke strekking van het voorschrift, geen ruimte. Dit sluit niet uit dat de rechtspersoon deelnemer kan zijn aan een dergelijk feit.

Met de verwijzing in het drijfmemorandum naar het verboden karakter van de gedraging zou kunnen zijn bedoeld dat van delict tot delict kan verschillen welke drijfmemorandumcriteria moeten worden toegepast. Welke criteria toepasselijk zijn zou dan mede worden bepaald aan de hand van het soort *delict*. Daarnaast zou deze rechtsoverweging van de Hoge Raad erop kunnen duiden – het woord ‘verboden’ is tussen haken geplaatst – dat het van de aard van de gedraging zelf (bijvoorbeeld: een actief of passief omschreven gedraging) afhankelijk is welke drijfmemorandumcriteria moeten worden toegepast. Met andere woorden: welke criteria toepasselijk zijn zou mede worden bepaald door de soort *gedraging*. Ik loop beide langs.

Sommige auteurs menen dat wat betreft de toepasselijke criteria voor het functioneel plegen onderscheiden zou moeten worden tussen soorten delicten. Zo meent Van Strien dat de toepasselijke criteria voor het plegen door rechtspersonen afhankelijk moeten worden gesteld van de vraag of er al dan niet sprake is van een ‘functioneel delict’.²⁵ Van Woensel is van mening dat die criteria moeten verschillen al naar gelang de vraag of het gaat om binnen ondernemingsverband begane eco-

²³ Zie naast het drijfmemorandum onder meer ook het boorplatformarrest (HR 13 november 2001, NJ 2002, 219) en Schipholarrest (HR 9 maart 2004, M & R 2005, 16 m.nt. A.M.C.C. Tubbing).

²⁴ HR 2 juni 1992, NJ 1992, 754 m.nt. G. Knigge.

²⁵ A.L.J. van Strien, ‘Het ouderschap van de rechtspersoon bij milieudelicten’, in: M.G. Faure, J.C. Oudijk en D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 257-301 (p. 281) en Van Strien 2006 (*supra* noot 5), p. 247-248.

nomische delicten, of om andere delicten.²⁶ Van Elst differentieert eveneens naar economische delicten.²⁷ Niet uit te sluiten is dat de Hoge Raad op een dergelijke onderscheiding doelt.

Het discriminerende discoarrest betrof een commune overtreding: het in de uitoefening van een bedrijf discrimineren van mensen wegens hun ras.²⁸ Een portier van een discotheek maakte bij het al dan niet tot die discotheek toelaten van personen onderscheid tussen Turkse en niet-Turkse discogangers. De rechtbank sprak de vervolgde discotheek, een vennootschap onder firma, vrij, en ging daarbij uit van de opvatting dat indien een dergelijk delict wordt begaan door een natuurlijke persoon in dienst van de vennootschap, deze vennootschap slechts als dader daarvan kan worden aangemerkt indien zij die persoon over die handelingen heeft geïnstrueerd. De Hoge Raad oordeelde dat deze opvatting 'niet juist' is: van daderschap van de vennootschap 'kan immers eveneens sprake zijn', aldus de Hoge Raad, indien de 'vennootschap erover vermocht te beschikken of die handelingen al dan niet zouden plaatsvinden en deze behoorden tot de zodanige welke plaatsvinden blijkens de feitelijke gang van zaken door de verdachte werd aanvaard of placht te worden aanvaard'. De Hoge Raad lijkt daarmee te suggereren dat de ijzerdraadcriteria hier als ondergrens fungeren. Dat lijkt ook uit het drijfmestarrest te volgen waarin, zoals hierboven aan de orde kwam, onder verwijzing naar het discriminerende discoarrest werd geoordeeld dat de ijzerdraadcriteria in voorkomende gevallen kunnen fungeren als 'maatstaven' voor het plegen door rechtspersonen. De vraag is welk kenmerk van de casus van het discriminerende discoarrest heeft veroorzaakt dat het de ijzerdraadcriteria zijn, die moeten worden gehanteerd.

Zoals gezegd is een kenmerk van deze casus dat het gaat om een commune overtreding met – zo voegt De Hullu daaraan toe – een duidelijke normatieve lading.²⁹ Maar de Hoge Raad heeft in het tweede visserijarrest de ijzerdraadcriteria ook met zoveel woorden toepasselijk geacht bij een economisch delict dat bestond in het bewerkstelligen dat op kabeljauw werd gevist.³⁰ Van economische delicten wordt wel beweerd dat deze een minder duidelijke normatieve lading hebben.

Een tweede kenmerk, dat de casus van het discriminerende discoarrest overigens met die van het tweede visserijarrest gemeen heeft, is dat de vervolgde een vennootschap onder firma was. Het zou kunnen zijn, dat de ijzerdraadcriteria bij kleine rechtspersonen als ondergrens fungeren, omdat kleine rechtspersonen niet anders moeten worden behandeld dan natuurlijke personen die een eenmanszaak

²⁶ Van Woensel 1993 (*supra* noot 10), p. 106. Bij economische delicten in ondernemingsverband acht zij de ijzerdraadcriteria voldoende voorwaarde. Bij andere delicten zou zij nog zwaardere eisen gesteld willen zien.

²⁷ Van Elst 2005 (*supra* noot 5), p. 378.

²⁸ HR 14 januari 1992, NJ 1992, 413 m.nt. A.C. 't Hart.

²⁹ De Hullu 2006 (*supra* noot 5), p. 162.

³⁰ HR 1 juli 1981, NJ 1982, 80 m.nt. Th.W. van Veen.

drijven. De veronderstelling daarbij is echter dat bij het functioneel plegen door natuurlijke personen de ijzerdraadcriteria moeten worden gehanteerd. Hoewel niet geheel kan worden uitgesloten dat dit ten tijde van de beide genoemde arresten een jurisprudentieel uitgangspunt was, lijkt de Hoge Raad dat uitgangspunt inmiddels te hebben verlaten (zie paragraaf 6).

Een derde kenmerk van de casus van het discriminerende discoarrest is dat daarin, evenals in het tweede visserijarrest, een als actief te betitelen gedraging ('discrimineren') centraal stond. Het kan zijn, dat het deze aard van de gedraging was, die tot het als ondergrens hanteren van de ijzerdraadcriteria heeft geleid. Dat voert tot de als tweede genoemde bedoeling die de Hoge Raad zou kunnen hebben gehad met zijn in het drijfmestarrest gegeven overweging dat mede betekenis toekomt aan de 'aard van de (verboden) gedraging': onderscheid moet worden gemaakt tussen actief en passief omschreven gedragingen. Hier geldt dat in veel andere arresten waarin eveneens een actieve gedraging centraal stond, de ijzerdraadcriteria niet worden toegepast. Als voorbeeld noem ik het hierboven behandelde furazolidonarrest waarin het ging om 'in het oppervlaktewater brengen'. In dat arrest werd het normale bedrijfsvoeringscriterium toegepast.

Los van de vraag of de Hoge Raad met zijn in deze paragraaf besproken overweging beoogt te doelen op de aard van het delict, op de aard van de gedraging, of op beide, staat de vraag of het wenselijk is dergelijke onderscheidingen beslissend te laten zijn voor het antwoord op de vraag welk daderschapscriterium moet worden toegepast. Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden (zie paragraaf 9).

6. Het binnentankerarrest

De ijzerdraadcriteria werden in het ijzerdraadarrest gehanteerd om daarop het daderschap van een natuurlijke persoon te gronden. Pas later, in onder meer het discriminerende discoarrest, werden deze criteria mede geschikt bevonden om voor het daderschap van rechtspersonen te worden gebruikt. In het drijfmestarrest voegt de Hoge Raad drie andere criteria aan de ijzerdraadcriteria toe, en geeft hij aan de ijzerdraadcriteria een uitbreidende definitie. Daardoor rijst de vraag of die andere criteria en die uitbreiding ook bij het functioneel plegen door natuurlijke personen gelden. In het drijfmestarrest komt deze vraag niet aan bod. Op basis van het binnentankerarrest lijkt de vraag bevestigend te moeten beantwoord. In het binnentankerarrest kon het daderschap van de verdachte natuurlijke persoon niet uit de gebruikte bewijsmiddelen worden afgeleid.³¹ Bewezen verklaard was dat de verdachte zonder vergunning vanaf haar schip een hoeveelheid blanke gasolie in het oppervlaktewater had gebracht. Uit de gebruikte bewijsmiddelen volgt alleen dat de verdachte eigenares is van het schip. De Hoge Raad overweegt dat die enkele om-

³¹ HR 24 mei 2005, *NJ* 2005, 434, *JIN* 2005, 282 m.nt. M. Kessler, *M & R* 2005, 88 m.nt. L.E.M. Hendriks.

standigheid niet voldoende is om de verdachte als dader aan te merken. Het hof had, ter verwerping van een beroep op afwezigheid van alle schuld, overwogen dat de verdachte als eigenares van het schip verantwoordelijk is voor de staat van onderhoud waarin dat schip zich bevindt, dat een mankement aan het schip in beginsel voor rekening en strafrechtelijke verantwoording van de eigenaar van het schip komt, en dat niet aannemelijk is geworden dat de verdachte er alles aan heeft gedaan om het feit te voorkomen. De Hoge Raad merkt op dat de overwegingen van het hof niet kunnen afdoen aan het oordeel dat het daderschap niet uit de bewijsmiddelen kan worden afgeleid ‘reeds’ omdat daarin niet meer is vastgesteld dan dat de verdachte eigenares van het schip is ‘en bijvoorbeeld niets’ over haar rechtsverhouding tot de schipper en de bemanning daarvan, of over de vraag in het kader van wiens bedrijfsvoering en ten behoeve van wie de exploitatie van het schip plaatsvond.

De Hoge Raad laat zich hier niet in het algemeen uit over de vraag welke criteria als ondergrens gelden voor het daderschap van natuurlijke personen. Dat hoefde in dit geval ook niet, omdat het enkele zijn van eigenaar van het voorwerp waarmee het feit is begaan in ieder geval onvoldoende is. Bij dat oordeel laat de Hoge Raad het evenwel niet. Hij voegt er voorbeelden aan toe van omstandigheden die het hof had moeten vaststellen. Deze voorbeelden vertonen een opmerkelijke overeenkomst met de eerste drie drijfmeestercriteria. Ook kan in deze voorbeelden, zij het impliciet, het beschikkingscriterium worden herkend, in zoverre het de Hoge Raad erom te doen lijkt dat in dit geval moet worden vastgesteld dat de natuurlijke persoon zeggenschap heeft over het gebruik van het schip. Het aanvaardingscriterium is in de overwegingen van het rechtscollege niet terug te vinden. Hij suggereert in het binnentankerarrest dat het daderschap van een natuurlijke persoon ook op andere gronden dan de beide ijzerdraadcriteria kan worden aangenomen. Daardoor is niet uitgesloten dat het daderschap van rechtspersonen en het functioneel daderschap van natuurlijke personen in de rechtspraak in beginsel aan de hand van dezelfde criteria worden beoordeeld.³² Voorts valt op dat de Hoge Raad in zijn voorbeelden de drijfmeestercriteria niet scherp onderscheidt en de indruk wekt dat het hem er in wezen om gaat dat voor het daderschap van de natuurlijke persoon in dit geval zeggenschap over het gebruik van het schip vereist is (zie paragraaf 8).

De Hullu meent dat het aanbeveling zou verdienen als voor het daderschap van natuurlijke personen de ijzerdraadcriteria (plus uitbreiding) als ondergrens zouden

³² Zo ook Van Elst 2005 (*supra* noot 5), p. 376 die een ‘juridische kruisbestuiving’ waarneemt tussen het drijfmeestarrest en het binnentankerarrest. In andere zin De Hullu 2006 (*supra* noot 5), p. 156 die meent dat de ijzerdraadcriteria ‘duidelijk doorschemeren’ in de bedoelde rechtsoverwegingen.

worden gebruikt.³³ Mijns inziens zou deze benaderingswijze tot een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling tussen natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen leiden.³⁴ Het daderschap van rechtspersonen en het functionele daderschap van natuurlijke personen zijn beide vormen van functioneel daderschap en zijn in wezen gebaseerd op beschikkingsmacht.³⁵ Daarbij past dat in gevallen waarin die beschikkingsmacht is vastgesteld, bij natuurlijke personen niet een additionele voorwaarde wordt gesteld. Een verschil in de rechtsvorm van een rechtssubject rechtvaardigt als zodanig geen verschil in daderschapscriteria. Bovendien dwingt een in gelijke gevallen nagestreefde gelijke behandeling van natuurlijke personen en rechtspersonen – bijvoorbeeld een kleine rechtspersoon, zoals een vennootschap onder firma in vergelijking met een, niet met een rechtspersoon gelijkgestelde, eenmanszaak – er geenszins toe de ijzerdraadcriteria, in het bijzonder het aanvaardingscriterium, te hanteren. Die gelijkheid zou ook kunnen worden bereikt door andere criteria gelijkelijk toe te passen.

7. De drijfmeestcriteria in hun onderlinge verband beschouwd

De Hoge Raad werkt de grondslag voor het daderschap van de rechtspersoon uit in vier criteria. Hij houdt daarbij de mogelijkheid open dat elk criterium op zich voldoende voorwaarde voor toerekening kan zijn. Hij brengt voorts geen rangorde aan tussen de criteria. Daardoor roept het arrest de vraag op wat de onderlinge verhouding tussen de drijfmeestcriteria is.

Hendriks schrijft over het eerste drijfmeestcriterium (het gaat om een gedraging van een ten behoeve van de rechtspersoon werkende persoon) en het tweede drijfmeestcriterium (het baatcriterium) dat deze ‘betrekkelijk verstrekkend’ zijn.³⁶ ‘Deze twee omstandigheden zijn (...) betrekkelijk snel aanwezig en het valt dan ook te verwachten dat het arrest uiteindelijk tot gevolg heeft dat veel sneller dan voorheen een gedraging aan een rechtspersoon zal worden toegerekend. Het is intussen niet zo moeilijk om een casus te bedenken waarin men zich kan afvragen of deze criteria nu tot een redelijke uitkomst leiden.’

Uiteraard heeft de Hoge Raad niet beoogd dat de drijfmeestcriteria tot onredelijke uitkomsten zouden leiden; redelijke toerekening is immers de door hem aangewezen grondslag van het daderschap. Daaruit volgt dat het enkele feit dat een

³³ De Hullu 2006 (*supra* noot 5), p. 152, 156 en 163 motiveert dit met de opmerking dat dit uit een oogpunt van ‘overzichtelijkheid en rechtszekerheid’ gewenst zou zijn. Daar zou tegenover kunnen worden gesteld dat het juist overzichtelijk zou zijn indien voor het functioneel daderschap van natuurlijke personen en rechtspersonen dezelfde criteria zouden worden gebruikt. Dat zou in zoverre ook aan de rechtszekerheid kunnen bijdragen.

³⁴ Zie over de dreigende rechtsongelijkheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen B.V.A. Röling, ‘De strafbaarheid van de rechtspersoon’, *TvS* 1957 (LXVI), p. 23-26.

³⁵ Vellinga en Vellinga-Schootstra 2005 (*supra* noot 5), p. 532.

³⁶ Zie de annotatie in *M & R* 2004, 53.

werknemer het strafbaar feit heeft begaan de rechtspersoon niet onder alle omstandigheden dader maakt. Te denken valt aan het in dit verband in de literatuur veel aangehaalde voorbeeld van een filiaalhouder die stiekem heroïne ondershands verkoopt. In dat soort gevallen zal er meer nodig zijn dan het enkele feit dat deze werknemer het feit heeft begaan, om toerekening van dit strafbaar feit aan de rechtspersoon redelijk te maken. Tegelijk kan worden vastgesteld dat als geen sprake is van een dergelijk veelal als ‘corpus alienum’ betiteld geval, al snel voldoende is dat een werknemer het strafbaar feit heeft begaan. En dat is, anders dan Hendriks lijkt te veronderstellen, niet nieuw. Te wijzen valt op de casus die aan het nicotine-zuurarrest ten grondslag ligt.³⁷ Een supermarktketen werd als pleger aangemerkt van het in een van de filialen voorradig zijn van vlees met een te hoog en daarom verboden gehalte aan nicotinezuur. Daaraan deed niet af dat het feit was begaan door een bij de supermarkt in dienst zijnde slager die in strijd zou hebben gehandeld met de hem vanwege de supermarkt gegeven instructies.

Vanuit de grondslag van een redelijke toerekening geredeneerd, zal functioneel daderschap op basis van het eerste of tweede drijfmeestcriterium alleen kunnen worden aangenomen in combinatie met een of meer additionele omstandigheden.³⁸

De Hullu meent dat de eerste twee drijfmeestcriteria ‘vooral objectiverend ogen’ en dat in ieder geval de ijzerdraadcriteria ‘expliciet subjectiverend’ zijn. Tegen meerdere daderschapscriteria bestaat volgens hem op zich geen bezwaar, hoewel problematisch wel kan zijn wanneer de criteria kunnen leiden tot verschillende uitkomsten in dezelfde zaak, wat De Hullu vooral het geval lijkt ‘als de objectiverende benaderingswijzen worden vergeleken met de maatstaven die ook een meer subjectieve component lijken te bevatten’. Tenslotte stelt deze auteur: ‘Deze onduidelijkheid uit het overzichtarrest levert een argument op voor een duidelijker keuze voor één criterium.’³⁹

Ook Rozemond meent dat door het drijfmeestarrest ‘ruime en restrictieve daderschapscriteria naast elkaar kunnen worden gebruikt’.⁴⁰ Deze auteur meent dat door de nevenschikking van de criteria niet meer duidelijk is wat de ratio is van het beperkende aanvaardingscriterium. Mevis, tenslotte, vraagt zich af of het in het drijfmeestarrest niet om onderling ‘te verschillende criteria’ gaat, die in dat arrest ‘zonder verband of hiërarchie worden geponeerd’.⁴¹

³⁷ HR 24 mei 1977, NJ 1978, 330.

³⁸ Van Elst 2005 (*supra* noot 5), p. 370. Vgl. ten aanzien van het baatcriterium ook D. Roef, *Strafbare overheden* (diss. Maastricht), Antwerpen/Groningen: Intersentia 2001, p. 337.

³⁹ De Hullu 2006 (*supra* noot 5), p. 165.

⁴⁰ Rozemond 2006 (*supra* noot 5), p. 146.

⁴¹ Annotatie onder HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328.

De kritische ontvangst die de drijfmeestcriteria, afzonderlijk en in hun onderlinge verband beschouwd, ten deel is gevallen wordt mijns inziens veroorzaakt doordat het eerste en tweede drijfmeestcriterium het ouderschap van de rechtspersoon elk afzonderlijk onvoldoende indiceren, en het vierde drijfmeestcriterium, zijnde de ijzerdraadcriteria plus uitbreiding, teveel van het goede is. Het derde drijfmeestcriterium, de normale bedrijfsvoering, wordt daarbij – en dát is opvallend – nauwelijks betwist. De reden daarvan lijkt te zijn dat als een strafbaar feit binnen het kader van de normale bedrijfsvoering wordt begaan, de functionele vader over het al dan niet plaatsvinden daarvan in de regel heeft kunnen beschikken. Ook de ijzerdraadcriteria plus uitbreiding omvatten het beschikkingscriterium. Het blijft echter onverminderd de vraag waarom daarvan een aanvaardingscriterium deel zou blijven uitmaken.

Rozemond meent dat voor ouderschap van natuurlijke personen en rechtspersonen alleen het beschikkingscriterium zou moeten worden gehanteerd, en dat de eerste drie drijfmeestcriteria daarvan ‘nadere indicaties’ vormen. Het aanvaardingscriterium zou moeten verdwijnen.⁴² Dit pleidooi van Rozemond kan ik in grote lijnen onderschrijven.⁴³ Wel meen ik dat in de rechtspraak van de Hoge Raad aanwijzingen te vinden zijn voor de stelling dat het beschikkingscriterium nu al de centrale grondslag van het functioneel ouderschap is, ook al wekt de Hoge Raad in zijn in het drijfmeestarrest gegeven beschouwingen niet die indruk. Om dat duidelijk te maken passeert nu een aantal relatief recente arresten de revue.

8. Het beschikkingscriterium centraal

Verschillende arresten van de Hoge Raad geven voedsel aan de gedachte dat het hem bij functioneel ouderschap in wezen gaat om de vraag of de natuurlijke persoon of rechtspersoon beschikkingsmacht heeft over het feit. Het drijfmeestarrest zelf is daarvan een voorbeeld. De verdachte beheerde in opdracht van een vennootschap een stuk grond waarvan die vennootschap eigenares was. In opdracht van de verdachte werd de grond feitelijk beheerd door een werknemer van diezelfde vennootschap. Onbekenden reden drijfmeest uit over deze grond. Deze mest was niet ondergewerkt. De verdachte werd veroordeeld voor het ‘gebruiken’ van ‘niet-emissiearm aangewende dierlijke meststoffen op een perceel niet beteelde grond’. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof, omdat het hof niet had vastgesteld

⁴² Rozemond 2006 (*supra* noot 5), p. 50-51 en 146-147.

⁴³ Aan mijn met betrekking tot rechtspersonen gevoerde pleidooi voor afschaffing van het aanvaardingscriterium voegde ik destijds toe dat in plaats van het aanvaardingscriterium beter het criterium van de bedrijfspolitiek kon worden doorgevoerd (Kessler 1997 (*supra* noot 16), p. 230-246). Bij nader inzien lijkt het me binnen de bredere context van het functioneel ouderschap van natuurlijke personen en rechtspersonen beter het beschikkingscriterium te hanteren als het centrale hulpmiddel bij de beantwoording van de vraag of de delictsomschrijving is vervuld (zie paragrafen 8 en 9).

welke taken en bevoegdheden het aan de verdachte opgedragen beheer inhielden, gezien de relatie met de opdrachtgevende vennootschap en de daarbij in dienst zijnde feitelijke beheerder. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat als de taken en bevoegdheden van de verdachte zodanig waren dat hem zeggenschap over het feit toekwam, het feit hem zou kunnen worden toegeschreven, ook in geval de drijfmest door een onbekend gebleven derde is uitgereden. Daarbij verdient de aandacht dat het ‘gebruiken’ van de mest – door de Hoge Raad in het drijfmestarrest uitgelegd als: ‘op of in de bodem brengen’ – als een actieve gedraging zou kunnen worden gezien.

Een volgend voorbeeld is het boorplatformarrest waarin een buitenlandse rechtspersoon werd vervolgd voor het lozen van olie vanaf een boorplatform in zee.⁴⁴ Dit delict werd begaan in het kader van het winnen van delfstoffen door een bedrijf dat dit in opdracht van deze buitenlandse rechtspersoon deed. Het hof overwoog onder meer

‘dat verdachte zich in belangrijke mate verantwoordelijk voelde voor de boorwerkzaamheden als voormeld die door X.3 (de drijver van het boorplatform, MK) werden verricht en de gevolgen van die werkzaamheden voor het milieu. Uit voormelde feiten en omstandigheden leidt het hof af dat verdachte vermocht te beschikken over de wijze waarop de boorwerkzaamheden werden verricht en dat zij de wijze waarop deze werkzaamheden werden verricht ook placht te aanvaarden. Immers, zij hield via haar company representative toezicht op de boorwerkzaamheden, liet zich door de driller van X dagelijks voorlichten over de gang van zaken en bracht daarover rapport uit aan de toezichthoudende instantie en vergunninghouder.’

De Hoge Raad overweegt dat in deze overwegingen het oordeel besloten ligt ‘dat het bewezenverklaarde in zee lozen van olie, althans van een oliehoudende mengsel, aan de verdachte kan worden toegerekend.’ Dat oordeel vindt de Hoge Raad niet onbegrijpelijk. Kennelijk was de zeggenschap van de rechtspersoon over de wijze waarop de boorwerkzaamheden plaatsvonden zodanig dat het door een andere rechtspersoon in zee lozen van de olie – opnieuw: een actieve gedraging – aan de rechtspersoon kon worden toegerekend. De Hoge Raad geeft niet aan op basis van welk criterium het feit aan de verdachte kan worden toegerekend. Het hof hanteerde de ijzerdraadcriteria. De Hoge Raad lijkt zich niet ondubbelzinnig achter deze aanpak te scharen, aangezien hij opmerkt dat in de overwegingen van het hof het oordeel ‘besloten ligt’ dat het feit de rechtspersoon kan worden toegerekend.⁴⁵

⁴⁴ HR 13 november 2001, NJ 2002, 219. Zie over dit arrest ook E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch orderingsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 348-349 en Van Strien 2006 (*supra* noot 5), p. 242-243.

⁴⁵ Kessler 2004 (*supra* noot 5), p. 109.

In het Schipholarrest⁴⁶ werd de luchthaven Schiphol als pleger vervolgd voor het op een platform nabij een van de pieren opgeslagen zijn van een aantal explosieve stoffen. Dat delict bestond in het zich gedragen in strijd met de voorwaarden die zijn verbonden aan de vergunning die op basis van de Wet milieubeheer is verleend. Schiphol had een ingebruikgevingsovereenkomst gesloten met een rechtspersoon die op het terrein van de luchthaven een vrachtafhandelingsbedrijf heeft. Deze rechtspersoon had de explosieven neergelegd in opdracht van een andere rechtspersoon in afwachting van vervoer met verschillende vliegtuigen. De Hoge Raad overweegt:

‘De uitleg van de vergunning en van de vergunningsvoorschriften is als van feitelijke aard voorbehouden aan het Hof en kan in cassatie slechts op begripelijkheid worden getoetst. ’s Hofs uitleg, hierop neerkomende dat de verdachte, mede gelet op de ambtshalve toelichting bij de vergunning, als degene aan wie de vergunning is verleend en die de inrichting drijft directe verantwoordelijkheid en zeggenschap heeft over het tot de inrichting behorende platform D21 is niet onbegrijpelijk. Evenmin is onbegrijpelijk ’s Hofs oordeel dat het desbetreffende vergunningsvoorschrift ertoe strekt dat geen gevaarlijke stoffen in tussenopslag aanwezig mogen zijn op andere plaatsen in de inrichting dan in bedrijfsverzamelgebouwen. Daaraan heeft het Hof – niet onbegrijpelijk – de gevolgtrekking verbonden, enerzijds, dat het er voor de vraag of de verdachte een gedraging heeft verricht in strijd met dit vergunningsvoorschrift (...) niet toe doet of een ander, voor wiens activiteiten de verdachte geen verantwoordelijkheid draagt of over wiens activiteiten de verdachte geen zeggenschap heeft, die stoffen op het desbetreffende platform heeft gebracht en, anderzijds, dat het er dan op aankomt of de verdachte directe zeggenschap en verantwoordelijkheid heeft voor het (laten) weghalen van de op het platform, in strijd met dit vergunningsvoorschrift, aanwezige gevaarlijke stoffen. Tegen de achtergrond van hetgeen het Hof overigens heeft overwogen is zijn oordeel dat *de verdachte als normadressaat van de vergunning het in haar macht had deze stoffen te (doen) verwijderen* ten slotte evenmin onbegrijpelijk.’

Gelet op de door mij gecursiveerde woorden lijkt ook in dit arrest het kunnen beschikken over het al dan niet plaatsvinden van het strafbaar feit – een als passief te omschrijven gedraging – het kernpunt te zijn. Dat lijkt evenzeer de strekking te zijn van het in paragraaf 6 behandelde binnentankerarrest. De voorbeelden die de Hoge Raad in dat arrest geeft van omstandigheden die het hof had moeten vaststellen, lijken ertoe te strekken vast te stellen of de natuurlijke persoon die eigenaar van het schip was zeggenschap had over het gebruik dat van dat schip werd gemaakt.

⁴⁶ HR 9 maart 2004, *M & R* 2005, 16 m.nt. A.M.C.C. Tubbing en *JM* 2004, 85 m.nt. I.M. Koopmans.

In dit verband zijn ook de twee tankstationarresten van belang.⁴⁷ In beide arresten stond de rechtsvraag centraal wie kan worden aangemerkt als ‘degene die een tankstation drijft’. Op de drijver van een tankstation rust namelijk de plicht te voldoen aan de voorschriften die zijn opgenomen in het krachtens de Wet milieubeheer uitgevaardigde Besluit tankstations milieubeheer. Die voorschriften waren in de desbetreffende tankstations geschonden. De Hoge Raad overweegt in het tweede arrest dat het oordeel van het hof aldus moet worden verstaan dat de vervolgte oliemaatschappij een zodanige zeggenschap heeft over het tankstation dat zij kan worden aangemerkt als degene die het tankstation ‘drijft’. Dat oordeel gaf vanwege de door het hof vastgestelde omstandigheden geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting over het begrip drijver van een tankstation. Die omstandigheden hielden onder meer in dat de verdachte eigenaar was van de installatie en dat de exploitant niet gerechtigd was die installatie te wijzigen of te vervangen of daaraan zelfstandig reparaties uit te voeren. Uit de tankstationarresten blijkt dat voor de vraag wie drijver van een tankstation is, bepalend is het hebben van een voldoende mate van zeggenschap. De parallellen met het Schipholarrest en het binnentankerarrest zijn opvallend. In het binnentankerarrest was het enkele zijn van eigenaar van een schip waarmee het strafbaar feit is begaan onvoldoende. In de tankstationarresten wordt evenzeer de eigenaar vervolgd maar staat, naast diens eigendomsrecht met betrekking tot het tankstation dat niet aan de voorschriften voldeed, *tevens* vast dat de eigenaar daarover een voldoende mate van zeggenschap had behouden. Nu moet worden opgemerkt dat het drijven van een tankstation niet het strafbaar feit is waarvoor de vervolging werd ingesteld. Het strafbaar feit was het niet voldoen aan de voor tankstations geldende regelgeving door degene die het tankstation drijft. De vraag wie normgeadresseerde is kan hier worden onderscheiden van de vraag of de normgeadresseerde het strafbaar feit heeft begaan. Maar beide vragen kunnen niet worden gescheiden, omdat met het drijverschap van het tankstation het daderschap ten aanzien van het binnen het tankstation niet voldaan zijn aan de daarvoor geldende regelgeving min of meer lijkt te zijn gegeven. Opmerking verdient nog dat het eerste tankstationarrest betrekking had op een natuurlijke persoon en het tweede op een rechtspersoon. De Hoge Raad hanteert bij beide rechtssubjecten hetzelfde criterium om te bepalen of zij een tankstation hebben gedreven.

Een laatste voorbeeld is het laadbakarrest.⁴⁸ Daarin stond de vraag centraal of een bedrijf dat laadbakken verhuurt deze laadbakken in het weekend buiten de inrichting ‘heeft’, zoals was strafbaar gesteld in de algemene plaatselijke verordening van de gemeente Amsterdam. De Hoge Raad oordeelde dat onder degene die een laadbak ‘heeft’ slechts kan worden verstaan degene aan wie ‘zeggenschap’ toekomt over het op een bepaalde plaats aanwezig zijn van de desbetreffende laadbak. Aan

⁴⁷ HR 4 november 2003, LJN AL6171 en HR 22 juni 2004, NJ 2004, 441.

⁴⁸ HR 21 november 1995, NJ 1996, 452 m.nt. G. Knigge.

de eigenaar van de laadbakken komt die zeggenschap toe, aldus de Hoge Raad, 'behoudens het geval dat op grond van een met betrekking tot de laadbakken bestaande rechtsverhouding anders moet worden geoordeeld'. Vervolgens overweegt het rechtscollege dat gedurende de periode van verhuur 'in beginsel' niet aan de verhuurder maar aan de huurder deze zeggenschap toekomt.

In de beschreven arresten zegt de Hoge Raad niet expliciet welk criterium hij voor het (functioneel) daderschap hanteert. Wél kan eruit worden afgeleid, dat als kan worden aangenomen dat de natuurlijke persoon of rechtspersoon een voldoende mate van zeggenschap heeft over het gebruik dat wordt gemaakt van een perceel, een schip of een ander voorwerp met betrekking waartoe het feit is begaan, deze persoon dader is, ook in het geval een ander het feit heeft begaan, waarbij niet zonder meer noodzakelijk is dat die ander de werkzaamheden ten behoeve van de dader heeft verricht (drijfmestarrest/Schipholarrest).⁴⁹ En als de natuurlijke persoon of rechtspersoon niet een zodanige zeggenschap heeft, kan hij niet als pleger worden aangemerkt (laadbakarrest en indirect de twee tankstationarresten). Daarbij lijkt het onverschillig of het feit actief (drijfmestarrest/boorplatformarrest) of passief (Schipholarrest/laadbakarrest) is omschreven.

Ik kom op basis van het voorgaande tot de conclusie dat voor de vraag of een natuurlijke persoon of rechtspersoon de delictsomschrijving heeft vervuld het al dan niet hebben van voldoende zeggenschap over het strafbaar feit in de rechtspraak van de Hoge Raad het centrale ijkpunt lijkt te zijn.⁵⁰

9. Slot

De Hoge Raad vindt het, blijkens zijn beschouwing in het drijfmestarrest, 'bezwaarlijk' om een algemene regel te formuleren over het daderschap van rechtspersonen. De reden is dat de vraag wanneer het redelijk is een feit aan de rechtspersoon toe te rekenen afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Gedragingen in de sfeer van de rechtspersoon kunnen echter, aldus het rechtscollege, in de regel aan de rechtspersoon worden toegerekend. Een gedraging behoort tot de sfeer van de rechtspersoon, indien zich een of meer van de vier door de Hoge Raad in het drijfmestarrest genoemde omstandigheden voordoet. Deze omstandigheden zijn hierboven door mij gemakshalve als de 'drijfmestcriteria' aangeduid. Hoewel dat uit de beschouwingen in het drijfmestarrest niet expliciet is af te leiden, lijkt uit vooral andere relatief recente arresten van de Hoge Raad voort te vloeien dat het hem in we-

⁴⁹ Kessler 2004 (*supra* noot 5), p. 108-110.

⁵⁰ Daaraan doet mijns inziens niet af dat de Hoge Raad in het grafheuvelarrest (HR 10 november 1987, *NJ* 1988, 303 m.nt. Th.W. van Veen) oordeelde dat de rechtspersoon niet slechts dader is indien zijn hoogste organen over het begaan van het strafbaar feit zeggenschap hebben gehad. Dit is een uiting van de algemenere opvatting dat de rechtspersoon zich niet uitsluitend gedraagt door zijn organen.

zen te doen is om de vraag of de rechtspersoon beschikkingsmacht heeft over het al dan niet plaatsvinden van het strafbaar feit. Hij lijkt daarbij geen onderscheid te maken tussen het functioneel ouderschap van de rechtspersoon en de natuurlijke persoon. Daardoor wordt het ouderschap van natuurlijke personen en rechtspersonen op in beginsel dezelfde manier benaderd. Beschikkingsmacht moet daarbij worden opgevat als het hebben van een voldoende mate van zeggenschap over het al dan niet plaatsvinden van het strafbaar feit. Indien een persoon deze zeggenschap heeft, en het feit doet zich voor, dan beantwoordt zijn gedrag aan de delictsomschrijving, en is hij pleger. Het beschikkingscriterium als centraal hulpmiddel bij de beantwoording van de vraag wanneer een natuurlijke persoon of rechtspersoon de delictsomschrijving heeft vervuld, heeft naar mijn mening voordelen boven het centraal stellen van de afzonderlijke drijfmeetscriteria.

Het eerste voordeel is dat door hantering van het beschikkingscriterium de suggestie kan worden vermeden dat de enkele omstandigheid dat de werknemer het feit heeft begaan of de enkele omstandigheid dat het feit in de bedrijfsuitoefening voordeel kan brengen, voldoende grond zou zijn voor functioneel ouderschap. Ook komt door hantering van alleen het beschikkingscriterium beter uit de verf (dan het geval is bij hantering van de ijzerdraadcriteria plus uitbreiding) dat een vorm van opzet of schuld in beginsel geen voorwaarde is voor functioneel plegen. Bij het plegen van overtredingen vormt het beschikkingscriterium voldoende voorwaarde. Bij het plegen van misdrijven is daarnaast nog vereist dat de functionele pleger de voor de misdrijven vereiste subjectieve bestanddelen heeft vervuld. Het maken van een onderscheid tussen ouderschap, subjectieve bestanddelen en verwijtbaarheid als algemene voorwaarde, sluit aan bij de systematiek van het materieel strafrecht.⁵¹ Die systematiek is geen doel op zich, maar is de uitkomst van een afweging tussen de twee aan de rechtshandhaving verbonden polen: die van rechtsbescherming en die van instrumentaliteit. Huiselijk gezegd: subjectieve bestanddelen ontbreken niet voor niets in de omschrijving van overtredingen. Die moeten dan niet langs de band van een, in de daarvoor in aanmerking komende gevallen naast het beschikkingscriterium *algemeen* te hanteren, aanvaardingscriterium plus uitbreiding alsnog als voorwaarden worden gesteld. Voor functioneel plegen is mijns inziens in zijn algemeenheid niet vereist dat de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon zich bewust was van het zich voordoen van het feit, of dat hij onvoldoende heeft geprobeerd het feit te voorkomen. Of hij de redelijkerwijs van hem te vergen maatregelen ter voorkoming van het feit heeft getroffen, is een vraag die, gegeven het feit dat hij een overtreding heeft gepleegd, dient te worden betrokken bij het al dan niet daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk zijn.

Tussendoor merk ik op dat in sommige gevallen kan zijn vereist dat de natuurlijke persoon of rechtspersoon zich in meerdere of mindere mate bewust is van de

⁵¹ Rozemond 2006 (*supra* noot 5), p. 50 en 147.

aanwezigheid van een verboden voorwerp, wil hem de voor een gedraging als ‘aanwezig hebben’ van dat voorwerp vereiste beschikkingsmachtsrelatie kunnen worden aangewreven.⁵² Dit in sommige gevallen uit de delictsomschrijving van overtredingen voortvloeiende bewustheidsvereiste berust echter niet op een algemeen uitgangspunt dat in daarvoor in aanmerking komende gevallen naast het kunnen beschikken ook nog eens, en in het algemeen, een aanvaarden is vereist. Het is veeleer andersom: in sommige gevallen kan men alleen beschikkingsmacht worden toegedicht als men zich bewust is van een bepaalde omstandigheid.⁵³

Het tweede voordeel is dat bij hantering van het beschikkingscriterium de discussie of er verschillende criteria moeten worden gehanteerd afhankelijk van het soort delict of de aard van de gedraging, aan belang verliest. Pleidooien die er bijvoorbeeld op zijn gericht lichtere criteria te hanteren bij economische delicten of passieve gedragingen, en zwaardere criteria bij niet-economische delicten of actieve gedragingen, lijken vooral te zijn gebaseerd op de gedachte dat economische delicten of passieve gedragingen doorgaans sneller in de invloedssfeer van de functionele pleger zullen liggen dan niet-economische delicten of actieve gedragingen. Voordeel van het centraal stellen van het beschikkingscriterium is daarbij vooral dat de discussie over welke delicten of welke soort gedragingen in abstracto veelal functioneel worden gepleegd, kan worden ingeruild voor de mijns inziens productievere discussie over wanneer een delict of een gedraging in concreto functioneel is *gepleegd*.⁵⁴ Vanzelfsprekend is het zo, dat naarmate een delict zich verder verwijderd van de invloedssfeer van een natuurlijke persoon of rechtspersoon, deze persoon minder snel als functioneel pleger kan worden gezien. Dat heeft mijns inziens echter uiteindelijk niet te maken met de aard van het delict of van de gedraging.

Een derde voordeel van hantering van het beschikkingscriterium is dat de aard van het functioneel ouderschap beter uit de verf komt dan door hantering van de drijfmoedcriteria. Gelet op de in het drijfmoedarrest gebruikte bewoordingen zou men kunnen veronderstellen dat de Hoge Raad een onderscheid maakt tussen het ‘eigenhandig’ begaan van feiten door rechtspersonen en het toerekenen van door natuurlijke personen begane feiten aan de rechtspersoon.⁵⁵ Hij overweegt immers dat de ijzerdraadcriteria in voorkomende gevallen kunnen fungeren als maatstaven voor ‘de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechts-

⁵² Zie HR 15 december 1998, *NJ* 1999, 203 waarin voor het ‘aanwezig hebben’ van hennep door de verdachte in de woning van diens vader was vereist dat de verdachte zich in meerdere of mindere mate bewust was van de aanwezigheid van de hennep in de woning. Daarover nader Kessler 2001 (*supra* noot 12), p. 28-29 en Wolswijk 2001 (*supra* noot 10), p. 1112.

⁵³ Vgl. Wolswijk 2001 (*supra* noot 10), p. 1109: ‘(...) de wetenschap maakt het desondanks nalaten in te grijpen tot de wederrechtelijke delictsgedraging: het levert het ouderschap op’.

⁵⁴ Vgl. De Hullu 2006 (*supra* noot 5), p. 154.

⁵⁵ Gritter 2004 (*supra* noot 4), p. 33-34 spreekt in dit verband over hantering door de Hoge Raad van een ‘duale grondslag’ voor het ouderschap van de rechtspersoon.

persoon'. De andere drie drijfmeestcriteria noemt de Hoge Raad echter niet (expliciet) een uiting van toerekening van een door een andere persoon begaan feit aan de rechtspersoon. Kennelijk begaat de rechtspersoon indien aan de andere drijfmeestcriteria is voldaan het feit 'eigenhandig'. De vraag is waarom dit anders zou moeten worden beoordeeld als de rechtspersoon het feit door beschikken en aanvaarden wordt toegerekend. Ook dan moet mijns inziens sprake zijn van het zelf vervullen van de delictsomschrijving door de rechtspersoon, omdat anders – behoudens gevallen waarin aan een van de deelnemingsvormen is voldaan – aansprakelijkheid buiten de wet om zou worden gevestigd.⁵⁶ Dat de gedraging van een andere persoon een rol speelt, betekent nog niet dat het functioneel plegen in dat geval zou bestaan uit toerekening van de gedraging van die andere persoon aan de functionele pleger.⁵⁷ Bij hantering van het beschikkingscriterium als centraal hulpmiddel bij de beantwoording van de vraag of de natuurlijke persoon of rechtspersoon de delictsomschrijving heeft vervuld, verliest het weinig productieve onderscheid tussen 'gewoon' plegen en functioneel plegen aan belang. Ook bij 'gewoon' plegen gaat het om toerekening. En ook daarbij speelt beschikkingsmacht een rol.

Uit het drijfmeestarrest volgt dat de Hoge Raad de mogelijkheid openhoudt dat er gevallen zijn waarin hantering van de ijzerdraadcriteria noodzakelijk is. Naast aan het beschikkingscriterium moet dan ook zijn voldaan aan het – ruim opgevatte – aanvaardingscriterium. Ik vraag mij af of er voldoende aanleiding bestaat de genoemde mogelijkheid nog langer open te houden. Bij delicten met subjectieve bestanddelen is het als gezegd niet noodzakelijk om daarnaast voor plegen een aanvaardingscriterium (plus daaraan gegeven uitbreiding) te hanteren. Een dergelijk criterium lijkt daarom alleen bij het plegen van delicten waarvoor geen subjectieve bestanddelen zijn vereist – de overtredingen – werkelijk toegevoegde waarde te kunnen hebben. Maar juist bij overtredingen is een aanvaardingscriterium ongewenst, omdat overtredingen nu juist het, uit een oogpunt van adequate handhaving wenselijke, kenmerk hebben dat daarvoor geen subjectieve bestanddelen zijn vereist. Het lijkt daarom niet gerechtvaardigd bij overtredingen een additioneel aanvaardingscriterium te hanteren afhankelijk van de omvang van het rechtssubject, of afhankelijk van de aard van de gedraging zoals deze wettelijk is omschreven, of afhankelijk van de aard van het delict. Neem de casus van het discriminerende discoarrest. Een door een discotheek ingehuurde 'uitsmijter' heeft onder andere de taak bij de ingang onderscheid te maken tussen mensen. Waarom zou, indien hij daarbij mensen discrimineert wegens hun ras, voor het plegen van deze overtreding door de discotheek niet voldoende zijn dat de discotheek, tenzij een bestaande

⁵⁶ Knigge 1992 (*supra* noot 10), p. 132.

⁵⁷ Zie over dit thema uitgebreid Wolswijk 2001 (*supra* noot 10), p. 1090-1097, in het bijzonder p. 1097.

rechtsverhouding tussen de discotheek en een eventueel ingehuurd beveiligingsbedrijf anders uitwijst, over het al dan niet plaatsvinden van 'selectie aan de poort' kan beschikken?

